

Sag C-327/19**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

19. april 2019

Forelæggende ret:

Korkein hallinto-oikeus (Finland)

Afgørelse af:

15. april 2019

Sagsøger:

Nobina Finland Oy

De andre parter i sagen:

Helsingin seudun liikenne-kuntayhtymä

Oy Pohjolan Kaupunkiliikenne Ab

Hovedsagens genstand

Offentlig kontrakt – opdeling af en kontrakt i delkontrakter – begrænsning af antallet af delkontrakter i den pågældende kontrakt, som en enkelt tilbudsgiver kan få tildelt – begrænsningsklausul – opfordring til at afgive tilbud – bustrafik

Genstand og retsgrundlag for forelæggelsen

Helsingin seudun liikenne-kuntayhtymä (trafikorganisationen for regionen Helsinki, herefter »HSL«) offentliggjorde i EU-Tidende af 25. august 2015 ved en udbudsbekendtgørelse på sektorområdet en indkaldelse af tilbud på en bustrafikkontrakt, som skulle tildeles ved et offentligt udbud.

HSL er en ordregiver, som er omfattet af anvendelsesområdet for Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (herefter »forsyningsvirksomhedsdirektivet af 2004«).

Den pågældende kontrakt på busstrafik er omfattet af kategori 2 i bilag XVII A til forsyningsvirksomhedsdirektivet af 2004 »Landtransport, herunder sikkerhedstransport, kurérvirksomhed, undtagen postbesørgelse«. Ordren har en forventet samlet værdi på ca. 60 mio. EUR eksklusive moms og overskrider den tærskelværdi, der er fastsat i artikel 16 i forsyningsvirksomhedsdirektivet af 2004.

Den foreliggende sag drejer sig om, hvorvidt ordregiveren i henhold til en klausul, som denne anvendte i opfordringen til at afgive tilbud, kunne begrænse antallet af delkontrakter i denne kontrakt, som kan tildeles en enkelt tilbudsgiver (herefter »begrænsningsklausul«).

Anvendelsen af begrænsningsklausulen i udbudsproceduren førte til, at den i sagen omhandlede kontraktgenstand 210 blev tildelt Oy Pohjolan Kaupunkiliikenne Ab (herefter »Pohjolan Kaupunkiliikenne«), som afgav det næstbedste tilbud, og ikke Nobina Finland Oy (herefter »Nobina«), som afgav det bedste tilbud.

De præjudicielle spørgsmål

1. Er Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (forsyningsvirksomhedsdirektivet af 2004) til hinder for en fortolkning, hvorefter en ordregivende myndighed i en situation, hvor der kan afgives tilbud på flere eller alle delkontrakter i en kontrakt, ved hjælp af en klausul i opfordringen til at afgive tilbud kan begrænse antallet af delkontrakter, som kan tildeles en enkelt tilbudsgiver (begrænsningsklausul)?

2. I henhold til den begrænsningsklausul, som anvendes i den i den foreliggende sag omhandlede udbudsprocedure vedrørende busstrafik, går – når de kontraktgenstande, som en tilbudsgiver har vundet, overstiger det i klausulen fastsatte maksimale antal køretøjsdage – den kontraktgenstand, hvor pointforskellen mellem det bedste og det næstbedste tilbud, multipliceret med antallet af køretøjer i den pågældende kontraktgenstand, er mindst, over til den tilbudsgiver, som har afgivet det næstbedste tilbud. Anvendelsen af begrænsningsklausulen kan føre til, at den tilbudsgiver, der har afgivet det bedste tilbud på den omhandlede kontraktgenstand, på grundlag af udbudsproceduren samlet set får tildelt kontrakt på færre køretøjsdage end den tilbudsgiver, som har afgivet det næstbedste tilbud på kontraktgenstanden.

a) Kan der ved bedømmelsen af denne begrænsningsklausuls lovlighed tages hensyn til, hvilket konkret resultat anvendelsen af begrænsningsklausulen i udbudsproceduren kan føre til, eller skal dette bedømmes abstrakt, således at anvendelsen af en begrænsningsklausul som den i hovedsagen omhandlede i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet af 2004 enten er lovlig eller ulovlig?

b) Er de omstændigheder, som i opfordringen til at afgive tilbud er anført som begrundelse for klausulen, og som omhandler konkurrencesituationen inden for

linjebustrafik i regionen Helsinki og mindskelse af den driftsrisiko, som overtagelse af et stort trafikvolumen samt gennemførelse af trafik på ændrede linjer medfører for trafiktjenestens kvalitet, relevante for bedømmelsen af, om en begrænsningsklausul som den i hovedsagen omhandlede er lovlig?

Anførte EU-retlige bestemmelser

Artikel 10, 17 og 55 i samt bilag XII til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester

Bilag VII til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

Artikel 65 i og 88. betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF

Den i direktiv 2014/25/EU fastlagte frist for at gennemføre direktivet i national ret udløb den 18. april 2016, men da udbudsproceduren blev indledt af HSL den 25. august 2015, var direktivet endnu ikke gennemført i Finland. Selv om direktivet *ratione temporis* ikke finder anvendelse i den foreliggende sag, anser den forelæggende ret det for hensigtsmæssigt at henvise til dette direktivs bestemmelser.

Anførte nationale bestemmelser

§ 2 og § 54 i lov 349/2007 om indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester

Direktiv 2004/17/EF blev i Finland gennemført ved lov 349/2007.

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 Opfordringen til at afgive tilbud vedrører tjenesteydelseskontrakter. Udbuddet er et kvalitets-pris-udbud, hvor bustrafikoperatører afgiver et tilbud på driften af linjerne i en kontraktgenstand i henhold til den køreplan og det køreplanskoncept, som den ordregivende myndighed har fastsat.
- 2 Opfordringen til at afgive tilbud bestod af 12 kontraktgenstande, hvoraf de tre indeholdt fakultative kontraktgenstande. Kontraktgenstandene bestod af en eller

flere buslinjer i regionen Helsinki. Ifølge opfordringen til at afgive tilbud har den udbudte trafik et volumen på 13,6-14,7 mio. linjekilometer årligt, hvilket på hverdage kræver 198-206 busser. Den udbudte trafik udgør ca. 15% af de af HSL udbudte buslinjekilometer og ca. 16% af HSL's antal køretøjer. Antallet af køretøjsdage for de enkelte kontraktsgenstande, dvs. det antal køretøjer, som er nødvendigt for trafikken på hverdage, var i opfordringen til at afgive tilbud oplyst til 5-39 køretøjer.

- 3 I henhold til opfordringen til at afgive tilbud tildeles ordren for kontraktsgenstandene for en periode på syv år. Desuden indeholder kontrakterne en optionsklausul, hvorefter kontrakterne kan forlænges med højst tre år.
- 4 Det fremgår af opfordringen til at afgive tilbud, at kontraktsgenstand 210, som på grund af anvendelsen af begrænsningsklausulen blev overdraget fra Nobina til Pohjolan Kaupunkiliikenne, omfatter tre linjer, hvis drift på hverdage kræver 26 køretøjer, hvormed der årligt køres ca. 1,87 mio. km.
- 5 I opfordringen til at afgive tilbud var det anført, at der kunne afgives tilbud på en eller flere kontraktsgenstande. Tilbuddet skulle i alle tilfælde udarbejdes for den samlede kontraktsgenstand, og det var ikke tilladt at opdele kontraktsgenstandene i delkontrakter. Som tildelingskriterium var anført den samlede økonomiske fordelagtighed, som bedømmes under hensyntagen til de samlede omkostninger til trafikforsyningen og linjebusflådens karakteristika som kvalitetsfaktorer.
- 6 Begrænsningsklausulen i den udbudsrunde, der er relevant i den foreliggende sag, indeholdt en begrænsning for det maksimale trafikvolumen, som en tilbudsgivende virksomhed eller en virksomhed, som hører til samme koncern, kunne vinde i udbudsunden. Begrænsningsklausulen var affattet således:

»I denne udbudsrunde kan en enkelt tilbudsgiver højst tildeles kontraktsgenstande for driften af 110 linjebusser. Såfremt det på grundlag af en sammenligning af tilbuddene på alle kontraktsgenstande i denne udbudsrunde viser sig, at en tilbudsgiver ville vinde kontraktsgenstande, for hvilke det i definitionen af kontraktsgenstandene anførte antal køretøjsdage i alt er større end 110, beregnes der en difference for disse kontraktsgenstande. Differencen er resultatet af pointforskellen mellem det bedste og det næstbedste tilbud i den sammenlignende bedømmelse af tilbuddene multipliceret med antallet af køretøjer i kontraktsgenstanden. Kontraktsgenstandene optages på grundlag af differencen på en rangliste. Kontraktsgenstande med den laveste difference tildeles til det næstbedste tilbud på ranglisten i henhold til differencen, indtil det samlede antal køretøjer i de genstande, som er vundet af en tilbudsgiver, højst udgør 110. Denne begrænsning skal anvendes således, at den kombinerede virkning af de ændrede resultater er så lille som mulig for den ordregivende myndighed for så vidt angår kontraktens samlede økonomiske fordelagtighed.«

- 7 HSL har begrundet begrænsningsklausulen med, at det samlede trafikvolumen i den udbudsrunde, der er relevant i den foreliggende sag, er usædvanligt højt.

Målet med begrænsningen er at sikre, at konkurrencesituationen på busstrafikmarkedet i regionen Helsinki bevares, og at mindske den driftsrisiko, som overtagelse af et stort trafikvolumen samt gennemførelse af trafik på ændrede linjer medfører for trafikbetjeningens kvalitet. Den ordregivende myndighed anså begrænsningen for forenelig med målene og procedurerne i udbudsdirektivet af 2014.

- 8 Det fremgår af bilagene til tildelingsafgørelsen, at Nobina afgav det bedste tilbud på seks kontraktsgenstande. Antallet af køretøjer i de pågældende kontraktsgenstande lå på 120 og dermed over det trafikvolumen på 110 linjebusser, som var fastsat i begrænsningsklausulen. Antallet af linjebusser på de to kontraktsgenstande, som Pohjolan Kaupunkiliikenne havde vundet, udgjorde 72. Ifølge begrænsningsklausulen vedrørende trafikvoluminet på 110 linjebusser i opfordringen til at afgive tilbud blev kontraktsgenstand 210 på grund af den laveste difference for Nobina, som havde afgivet det bedste tilbud på den pågældende kontraktsgenstand, overdraget til Pohjolan Kaupunkiliikenne, som havde afgivet det næstbedste tilbud. Efter anvendelsen af begrænsningsklausulen udgør antallet af linjebusser hos Nobina 94 og hos Pohjolan Kaupunkiliikenne 98.

Sammenfatning af sagens hidtidige behandling og parternes væsentligste argumenter

Markkinaoikeus (domstol i handelsretlige sager, Finland)

- 9 *Markkinaoikeus (domstol i handelsretlige sager)*, som sagen verserede for i første instans, var af den opfattelse, at den omhandlede begrænsningsklausul ikke kan anses for diskriminerende, ubalanceret eller på anden måde i strid med bestemmelserne om tildelingen af ordrer. *Markkinaoikeus (domstol i handelsretlige sager)* afviste Nobinas søgsmål for så vidt angik klagepunktet vedrørende begrænsningsklausulen.
- 10 *Markkinaoikeus (domstol i handelsretlige sager)* var af den opfattelse, at de målsætninger, som HSL anførte for den anvendte begrænsningsklausul, ikke kan anses for at være i strid med reglerne om tildeling af kontrakter. På grundlag af disse målsætninger kan en tilbudsgivers deltagelse vedrørende delkontrakterne i en kontrakt begrænses, hvilket fremgår af forarbejderne til udbudsdirektiverne af 2014.
- 11 *Markkinaoikeus (domstol i handelsretlige sager)* henviste med de nævnte forarbejder til Rådet for Den Europæiske Unions udkast til udbudsdirektivet 18966/11 MAP 10 MI 686 af 21. februar 2012 vedrørende afsnit 5 om små og mellemstore virksomheders adgang til offentlige kontrakter. Det fremgår af udkastet, at de ordregivende myndigheder kunne begrænse tilbudsgiverens adgang til delkontrakterne i en kontrakt, allerede før udbudsdirektivet af 2014 trådte i kraft. Ifølge udkastet kunne de ordregivende myndigheder have en berettiget grund til at undgå at vælge en enkelt tilbudsgiver til alle delkontrakter i en

kontrakt. En berettiget grund kunne være at sikre en bredere leverandørbasis for at forhindre en leverandørs dominerende stilling henholdsvis at forebygge, at en økonomisk aktør med dominerende stilling styrkes, eller referere til forsyningsikkerheden.

- 12 Markkinaoikeus (domstol i handelsretlige sager) fastslog i sin afgørelse, at begrænsningsklausulen var blevet offentliggjort i opfordringen til at afgive tilbud og var rettet til alle tilbudsgivere. Det kan ikke lægges til grund, at begrænsningsklausulen for så vidt angår kravet om den samlede økonomiske fordelagtighed adskiller sig fra den situation, som anses for lovlig, og hvor en ordre er opdelt i delkontrakter, og en enkelt tilbudsgivendes adgang til en kontrakttildeling er begrænset med hensyn til delkontrakterne.

Korkein hallinto-oikeus (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Finland)

- 13 I sin appel har *Nobina* gjort den opfattelse gældende, at anvendelsen af begrænsningsklausulen ikke førte til, at det økonomisk mest fordelagtige tilbud blev valgt.
- 14 *Nobina* har gjort gældende, at det på grundlag af udbudsdirektiverne af 2004 kun er tilladt at foretage en forudgående opdeling af en kontrakt i delkontrakter. HSL begrænsede ikke på forhånd det antal delkontrakter, som en tilbudsgiver kunne byde på; i stedet var begrænsningen baseret på en efterfølgende nedskæring. En forudgående begrænsning og en efterfølgende begrænsningsklausul er set ud fra den samlede økonomiske fordelagtighed ikke sammenlignelige procedurer.
- 15 Begrænsningsklausulen er i hvert fald i strid med de udbudsretlige principper i EU-retten. Den er i strid med principperne om proportionalitet, gennemsigtighed, upartiskhed og ligebehandling og indebærer en risiko for at forvride konkurrencen.
- 16 Den efterfølgende begrænsning af de vundne kontraktsgenstande fører til en nytteløs optimering af tilbud og til, at offentlige midler anvendes til det næstbedste tilbud. Klausulen er ikke nødvendig for at bevare konkurrencesituationen og mindske driftsrisikoen. Den fremmer ikke konkurrencesituationen på længere sigt, men kan derimod hæmme konkurrencen og forhøje prisniveauet.
- 17 Med begrænsningsklausulen griber den ordregivende myndighed ind i konkurrencebetingelserne på markedet. Klausulen kan anvendes på en uforudsigelig og tilfældig måde og på den måde indvirke uforholdsmæssigt på en tilbudsgivers endelige placering i udbudsproceduren. For andre tilbudsgivere end *Nobina* var det på trods af begrænsningsklausulen muligt at øge deres markedsandel af trafikken i regionen Helsinki.

- 18 HSL har gjort gældende, at de økonomisk gunstigste tilbud til delkontrakterne i kontrakten blev udvalgt under hensyntagen til begrænsningsklausulen, og at den ordregivende myndighed ikke handlede i strid med udbudsreglerne.
- 19 Direktiverne fra 2014 indeholder bestemmelser, som tillader anvendelsen af begrænsningsklausulen. De tager udgangspunkt i princippet om at bevare konkurrencen, som gjaldt i den hidtidige udbudsret. Selv om de tidligere regler ikke indeholdt bestemmelser om opdeling af kontrakter, lå en sådan opdeling også i henhold til de tidligere regler inden for den ordregivende myndigheds skøn.
- 20 Det kan udledes af bilag VII A til udbudsdirektivet af 2004, de i Markkinaoikeus' (domstol i handelsretlige sager) afgørelse nævnte forarbejder og Kommissionens arbejdsdokument SEC(2008) 2193 af 25. juni 2008, at det på grundlag af direktivet af 2004 var muligt at anvende den omhandlede begrænsningsklausul.
- 21 Ifølge den begrænsningsklausul, som HSL anvendte, kunne tilbudsgiveren afgive bud på alle delkontrakter i kontrakten og blive udvalgt til flere delkontrakter i kontrakten. I forhold til at begrænse antallet af tilbudte delkontrakter er begrænsningsklausulen set fra tilbudsgiverens synspunkt det mildeste alternativ.
- 22 Selv om udbudsdirektiverne af 2014 endnu ikke var gennemført i national ret, da udbudsproceduren blev indledt, var HSL berettiget til at anvende den mildere begrænsningsklausul, da det ikke er i strid med nationale retsregler at anvende den.
- 23 Det kan anses for legitime mål, som kan nås ved hjælp af begrænsningsklausulen, at konkurrencemulighederne kan anvendes også i fremtidige udbudsprocedurer, og at det undgås, at den ordregivende myndighed bliver for afhængig af en enkelt leverandør med hensyn til at sikre forsyningsikkerheden. Det var ikke i strid med udbudsprincipperne at anvende begrænsningsklausulen.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 24 Efter den forelæggende rets opfattelse er den omhandlede kontrakt omfattet af anvendelsesområdet for forsyningsvirksomhedsdirektivet af 2004, og afgørelsen om begrænsningsklausulens lovlighed skal derfor træffes på grundlag af dette direktivs bestemmelser. Med hensyn til den retlige bedømmelse af tvisten har det imidlertid ingen betydning, om forsyningsvirksomhedsdirektivet af 2004 eller udbudsdirektivet af 2004 finder anvendelse, da bestemmelserne i de nævnte direktiver stemmer overens for så vidt angår det spørgsmål, der skal prøves.
- 25 Den forelæggende ret er af den opfattelse, at det er nødvendigt at indhente en præjudiciel afgørelse i den foreliggende sag. Der er behov for en fortolkning af, om forsyningsvirksomhedsdirektivet af 2004 i en situation, hvor en tilbudsgiver i henhold til opfordringen til at afgive tilbud kan byde på flere eller alle delkontrakter i en kontrakt, er til hinder for, at den ordregivende myndighed, ligeledes i henhold til opfordringen til at afgive tilbud, i sin tildelingsafgørelse kan

begrænse antallet af delkontrakter i kontrakten, som kan tildeles til en enkelt tilbudsgiver.

- 26 Der er desuden behov for en fortolkning af, hvilken betydning det har for bedømmelsen af begrænsningsklausulens lovlighed, at forsyningsvirksomhedsdirektivet af 2004 ikke indeholder en udtrykkelig bestemmelse om opdelingen af kontrakter i delkontrakter, og at tildelingskriteriet i henhold til dette direktiv skal være det økonomisk gunstigste eller den laveste pris.
- 27 Desuden er der behov for en fortolkning af, om der ved bedømmelsen af begrænsningsklausulens lovlighed kan tages hensyn til det konkrete resultat, som anvendelsen af klausulen i udbudsproceduren kan føre til.
- 28 Efter den forelæggende rets opfattelse findes der i Domstolens praksis ingen sager, som omhandlede spørgsmålet om, hvorvidt det under anvendelse af direktiverne af 2004 er muligt at begrænse antallet af delkontrakter, som kan tildeles en enkelt tilbudsgiver.
- 29 Efter den forelæggende rets opfattelse verserer der for Domstolen heller ikke en anmodning om præjudiciel afgørelse vedrørende artikel 65, stk. 2, i direktiv 2014/25 af 26. februar 2014 eller den tilsvarende bestemmelse i udbudsdirektivet.
- 30 Direktiverne af 2004 indeholder ingen udtrykkelig bestemmelse om, hvorvidt den ordregivende myndighed kan opdele kontrakten i delkontrakter og begrænse antallet af delkontrakter, som der kan afgives tilbud på. Under hensyntagen til artikel 17, stk. 6, litra a), og nr. 5), litra b), i bilag XIII til forsyningsvirksomhedsdirektivet af 2004 og de tilsvarende bestemmelser i udbudsdirektivet af 2004 er det efter den forelæggende rets opfattelse åbenlyst, at det er muligt at foretage en sådan opdeling af kontrakten.
- 31 Begrænsningen af det antal delkontrakter i kontrakten, som en tilbudsgiver kan afgive tilbud på, og begrænsningen af det antal delkontrakter i kontrakten, som kan tildeles en enkelt tilbudsgiver, er ikke helt sammenlignelige. I det førstnævnte tilfælde skal tilbudsgiveren allerede ved tilbudsafgivelsen vælge, hvilken delkontrakt han vil byde på, og det økonomisk gunstigste tilbud eller tilbuddet med den laveste pris bliver udvalgt. I det sidstnævnte tilfælde kan tilbudsgiveren, hvis han ønsker det, byde på alle delkontrakter i kontrakten, men på grund af begrænsningsklausulen kan det for en enkelt delkontrakt forekomme, at det økonomisk næstgunstigste tilbud eller tilbuddet med den næstlaveste pris bliver valgt.
- 32 På den anden side kan begrænsningsklausulen, som først finder anvendelse efter afgivelsen af tilbuddene, være gunstigere for tilbudsgiveren end en forudgående begrænsning af tilbuddene, da tilbudsgiveren, hvis han ønsker det, kan byde på flere eller alle delkontrakter i kontrakten, og begrænsningsklausulen muligvis slet ikke finder anvendelse.

- 33 Hverken tilbudsgiveren eller den ordregivende myndighed ved på forhånd, hvilken kontraktsgenstand i opfordringen til at afgive tilbud henholdsvis hvilken delkontrakt i kontrakten begrænsningsklausulen muligvis vil blive anvendt på. I praksis adskiller situationen sig i og for sig ikke fra en udbudsprocedure uden begrænsningsklausul, da tilbudsgiver heller ikke i dette tilfælde på forhånd ved, om hans tilbud vil blive antaget eller ej.
- 34 I henhold til HSL's opfordring til at afgive tilbud skulle der bydes på de enkelte delkontrakter i indkaldelsen af tilbud. Som tærskelværdi for at anvende begrænsningsklausulen anvendte man imidlertid ikke det antal kontraktsgenstande, som en tilbudsgiver havde vundet, men derimod det antal linjebusdage, som tilbudsgiveren havde vundet. Den forelæggende ret lægger til grund, at antallet af vundne køretøjsdage blev fastsat som loft i klausulen, idet de enkelte kontraktsgenstande i udbudsproceduren var af forskellig størrelse med hensyn til trafikvolumen.
- 35 Såfremt begrænsningsklausulen finder anvendelse, overdrages kontraktsgenstanden eller kontraktsgenstandene i udbudsproceduren som helhed til den næstbedste tilbudsgiver, ikke kun for så vidt angår de køretøjsdage, som overstiger tærskelværdien. Til den tilbudsgiver, som har afgivet det næstbedste tilbud, overdrages den kontraktsgenstand eller de kontraktsgenstande, hvor pointdifference mellem det bedste og det næstbedste tilbud, multipliceret med antallet af køretøjer i kontraktsgenstanden, er mindst. Ifølge HSL's oplysninger er klausulen udformet således, at dens anvendelse har mindst mulig indvirkning på kontrakternes samlede økonomiske fordelagtighed.
- 36 Som resultat af udbudsproceduren førte anvendelsen af begrænsningsklausulen i den foreliggende sag imidlertid til, at Nobinas samlede antal køretøjer på linjebusdagene blev nedsat fra 120 til 94 køretøjer og dermed til en lavere værdi end Pohjolan Kaupunkiliikennes samlede antal linjebusdage, som blev forhøjet fra 72 til 98. Overdragelsen af kontraktsgenstanden fra den tilbudsgiver, som havde afgivet det bedste tilbud på den, til den tilbudsgiver, som havde afgivet det næstbedste tilbud, betød, at den førstnævnte tilbudsgiver på grund af udbudsproceduren i alt fik tildelt kontrakten på færre linjebusdage end den sidstnævnte tilbudsgiver. Trods anvendelsen af begrænsningsklausulen vandt Nobina flere kontraktsgenstande end Pohjolan Kaupunkiliikenne.
- 37 Anvendelse af en begrænsningsklausul som den i den foreliggende sag omhandlede kan føre til endnu større ændringer i resultatet af udbudsproceduren, end det er tilfældet i den foreliggende sag, og for tilbudsgiveren vil det på grund af klausulen under visse omstændigheder være mere fordelagtigt at blive placeret på andenpladsen ved tilbudssammenligningen. Hvis tilbudsgiveren f.eks. har vundet 111 køretøjsdage, og den mindste difference målt på antal køretøjer findes i den største kontraktsgenstand, dvs. kontraktsgenstanden med 39 køretøjer, vil overskridelsen af den fastsatte tærskelværdi med en enkelt køretøjsdag føre til, at hele kontraktsgenstanden på 39 køretøjer mistes. Da det ikke kun er pointforskellen mellem tilbuddene, men også antallet af køretøjer i

kontraktsgenstanden, der har indvirkning på fastsættelsen af den kontraktsgenstand, som overdrages til den næstbedste tilbudsgiver, er det imidlertid mere sandsynligt, at en anden kontraktsgenstand end den, der ud fra antallet af køretøjer er størst, vil blive overdraget fra den vindende tilbudsgiver til en anden.

- 38 I betragtning af det ovenfor anførte har den forelæggende ret også overvejet, om begrænsningsklausulens lovlighed skal bedømmes abstrakt, således at det på grundlag af forsyningsvirksomhedsdirektivet af 2004 enten er lovligt eller ulovligt at anvende klausulen i udbudsbekendtgørelsen og opfordringen til at afgive tilbud, eller om der ved bedømmelsen af begrænsningsklausulens lovlighed kan tages hensyn til det resultat, som anvendelsen af klausulen i udbudsbekendtgørelsen konkret vil føre til. Af hensyn til retssikkerheden og forudsigeligheden anser den forelæggende ret det principielt for problematisk, hvis bedømmelsen af lovligheden af en begrænsningsklausul, som findes i opfordringen til at afgive tilbud og således er tilbudsgiverne bekendt, foretages i det konkrete tilfælde på grundlag af resultatet af opfordringen til at afgive tilbud.
- 39 Såfremt anvendelsen af begrænsningsklausulen ikke er forenelig med bestemmelserne om tildelingskriterierne i artikel 55, stk. 1, i forsyningsvirksomhedsdirektivet af 2004, er en tilsvarende uforenelighed også indeholdt i direktivet af 2014, hvori det udtrykkeligt er tilladt at begrænse antallet af delkontrakter, som kan tildeles en enkelt tilbudsgiver.
- 40 De grunde til at anvende begrænsningsklausulen, som er anført i udbudsbekendtgørelsen og i indkaldelsen af tilbud, svarer til de grunde, der i 88. betragtning til i direktiv 2014/25 af 26. februar 2014 er anført for den bestemmelse i direktivet, hvorefter den ordregivende myndighed kan begrænse antallet af delkontrakter i en kontrakt, som kan tildeles en enkelt tilbudsgiver. Anvendelsen af begrænsningsklausulen beskytter bevarelse af konkurrencen. Bevarelse af en effektiv konkurrence på markedet fremmer, at den ordregivende myndigheds kontrakter på lang sigt samlet set bliver mere økonomisk fordelagtige.